

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

EDUARDO MAZZUCCO CIVIDINI

**SUSPENSÃO DO ACESSO À INTERNET APÓS ESGOTADO O LIMITE DO
PACOTE DE DADOS CONTRATADO: A POSSIBILIDADE JURÍDICA EM FACE
DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

**CRICIÚMA
2016**

EDUARDO MAZZUCCO CIVIDINI

**SUSPENSÃO DO ACESSO À INTERNET APÓS ESGOTADO O LIMITE DO
PACOTE DE DADOS CONTRATADO: A POSSIBILIDADE JURÍDICA EM FACE
DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharelado no
curso de Direito da Universidade do Extremo
Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. Israel Rocha Alves

CRICIÚMA

2016

EDUARDO MAZZUCCO CIVIDINI

**SUSPENSÃO DO ACESSO À INTERNET APÓS ESGOTADO O LIMITE DO
PACOTE DE DADOS CONTRATADO: A POSSIBILIDADE JURÍDICA EM FACE
DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharelado, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito do
Consumidor.

Criciúma, 06 de julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Israel Rocha Alves - (UNESC) - Orientador

Prof. Jean Gilnei Custódio - (UNESC)

Prof. Mônica Sampaio Rodrigues Serrano - (UNESC)

Dedico este trabalho aos meus pais que desde sempre colocaram a educação em primeiro lugar e possibilitaram que eu chegasse até aqui. A eles, meu muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos professores e funcionários da UNESC - Universidade do Extremo Sul Catarinense, de modo geral muito prestativos e provedores de inestimáveis conhecimentos.

Aos colegas de classe que me acompanharam ao longo destes quase 5 anos formando vínculos de amizades que jamais esquecerei.

Aos meus pais, Luiz Carlos Cividini e Cecilia Salete Mazzucco Cividini que me proporcionaram condições de cursar este Curso de Graduação em Direito. Espero poder retribuir à altura por tudo que fizeram por mim.

Ao meu irmão Artur Mazzucco Cividini que, sempre prestativo me ajudou todas as vezes que necessitei de qualquer ajuda. Sempre soube que tinha com quem contar, conte também comigo.

E também a minha namorada Pâmella Rocha que esteve comigo me apoiando e incentivando neste fim da minha jornada de graduação. Este final de curso foi agitado, obrigado por entender e ser sempre compreensível.

A todos vocês, meu muito obrigado de coração!

**“The internet is becoming the town square
for the global village of tomorrow.”**

Bill Gates

RESUMO

O presente trabalho apresenta de modo sistemático a impossibilidade jurídica concernente à decisão das operadoras de telefonia brasileiras em suspender o acesso à internet dos seus clientes após atingido o limite da franquia de dados contratada. Utiliza-se de consulta bibliográfica e jurisprudencial para contrapor a medida suscitada. A medida tomada pelas companhias telefônicas embasa-se em um normativo legal expedido pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. Este órgão trata-se de um ente da administração direta, com *status* de Autarquia sob regime especial. Este regime em voga, concede à estas agências a possibilidade de editar normas de cunho legal, desde que REGULAMENTEM direitos e garantias com caráter técnico e não legislem sobre assuntos novos. Importante ressaltar que esses normativos, como qualquer outro no direito brasileiro, devem respeitar a hierarquia das normas, o que claramente não foi observado pela ANATEL em sua Resolução 632. A resolução, em seu art. 52, concede às operadoras de telefonia móvel a possibilidade de alterar unilateralmente seus contratos bastando que enviem um aviso prévio de 30 dias, podendo ser remetido via *sms*. No entanto, tal dispositivo é considerado cláusula abusiva segundo o Código de Defesa do Consumidor. Ainda, vai de encontro com a garantia constante no Marco Civil da Internet, que diz respeito à não suspensão do serviço por motivo distinto ao não pagamento do mesmo. Pois bem, por ferir normas de hierarquia superior, imputa-se nula a resolução e, portanto, abusiva a atitude das empresas.

Palavras-chave: Internet. Limitação. Acesso. Consumidor.

ABSTRACT

This study shows, in a systematic way, the legal impossibility of the decision made by the telecom companies in Brazil about cut the access of internet when the consumer reaches the data limit of his plan. It was used bibliographic and jurisprudence search method to oppose the telecom act. The action taken by the telecom companies is based in a legal regulation made by ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. This entity is a part of Brazilian intern administration, and have the status of special autarchy. This condition gives these agencies the possibility to make legal rules, but just for technical regulation and not to properly legislate. Important to say that this rules made by the agencies, like any norm in Brazil, should respect the hierarchy of law, what's clearly not done by ANATEL in your Resolution 632. In the article 52 of that resolution, ANATEL gives to the telecom companies the possibility to change their contracts unilaterally, all they need to do is let people know about it at least 30 days before, by text or others ways. The problem is: this resolution is considered an abusive clause by the Código de Defesa do Consumidor. Furthermore, the act totally disrespects the new Marco Civil da Internet that grants the impossibility to interrupt access to internet for any reason, except cases where the user doesn't have paid for it. So, the resolution is claimed to be illegal because it disrespects the hierarchy of the law.

Keywords: Internet. Limitation. Access. Consumer.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line (Linha Digital Assimétrica para Assinante)
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ART	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDMA	Code Division Multiple Access (Acesso Múltiplo por Divisão de Código)
CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
GSM	Global System for Mobile Communications (Sistema Global para Comunicação Móvel)
INC	Inciso
LTE	Long Term Evolution (Evolução de Longo Prazo)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS DOS CONSUMIDORES DOS SERVIÇOS DE INTERNET	13
2.1 Provedores de Internet.....	13
2.2 Caracterização da relação de consumo	15
2.3 Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor/Código civil.....	18
3 O MARCO CIVIL DA INTERNET	20
3.1 A necessidade de regulamentação do "ciberespaço"	20
3.2 Proteção concedida pelo Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)	22
3.3 Direitos e obrigações dos provedores de rede	24
3.4 A garantia de neutralidade da rede	27
3.5 A preservação da funcionalidade da rede	30
4 A (IM) POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA CONEXÃO DE INTERNET	32
4.1 A ANATEL como órgão regulamentador	32
4.2 O limite do poder normativo da ANATEL.....	35
4.3 O acesso à internet como instrumento de cidadania.....	37
4.4 A nulidade do Artigo 52 da Resolução 632 da ANATEL	39
5 METODOLOGIA	48
6 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a medida controversa tomada pelas maiores empresas de telefonia móvel nacionais no tocante à suspensão do acesso à internet se atingido o limite do pacote de dados. Tal ação, que foi posta em prática no início de janeiro de 2015, obriga os usuários que desejam ter acesso à rede após consumido o plano de dados a recontratar o serviço pagando taxas adicionais.

A pesquisa acerca do tema mostra-se relevante pois a ocorrência desta prática adotada pelas operadoras de telefonia é fato notório e vem causando prejuízo financeiro a milhões de usuários, que passaram a serem lesados por esta “alteração unilateral do contrato”.

O Marco Civil da Internet proíbe o corte de internet por causa distinta ao não pagamento da mesma e o Código Civil refuta a alteração unilateral dos contratos. Mesmo com a existência dos dispositivos legais citados, a suspensão da conexão de internet vem sendo praticada em âmbito nacional. No passado, após atingido o limite de dados estipulado em contrato, as conexões tinham sua velocidade reduzida, mas os usuários continuavam usufruindo com acesso ininterrupto.

A controvérsia explica-se pelo embasamento legal apresentado pelas operadoras: uma normativa da ANATEL que autoriza a alteração unilateral de cláusulas contratuais mediante simples aviso prévio à parte contrária. Ocorre que existem outras normas que coíbem este tipo de conduta, como exemplo o Código de Defesa do Consumidor e o ainda recente, Marco Civil da Internet.

Por meio de estudos doutrinários acerca do Código de Defesa do Consumidor e do recente Marco Civil da Internet, busca-se uma conclusão quanto a norma que deve prevalecer na situação fática retratada. Ainda, se ANATEL teria competência para expedir textos normativos com força de lei.

O método de pesquisa adotado será o dedutivo de forma qualitativa,

utilizando-se de obras doutrinárias diversas e artigos científicos, também se valendo de pesquisa jurisprudencial atualizada.

O trabalho é subdividido em três capítulos que inicialmente tecem um panorama geral sobre a proteção do consumidor dos serviços de internet sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, seguindo para as inovações trazidas pelo Marco Civil da internet e encerrando com as especificidades do caso apresentado e o papel da ANATEL como órgão regulamentador.

2 DIREITOS DOS CONSUMIDORES DOS SERVIÇOS DE INTERNET

2.1 Provedores de Internet

Os provedores de internet são os fornecedores de serviços relacionados a rede. Existem três diferentes provedores de internet: os provedores de conteúdo, provedores de serviços e os provedores de rede.

Os provedores de conteúdo, são os conhecidos portais de informação, como sites de notícias, os portais de entretenimento, destaque para os sites de jogos e vídeos sob demanda e diversos outros gêneros.

Em se tratando de provedores de serviço, são cada vez mais presentes na realidade do probo brasileiro. Fazem parte dessa classificação os sites de compra e venda, serviços de consultoria online e até mesmo sistemas de ensino à distância.

Por fim, cabe destacar os provedores de rede, que serão amplamente debatidos no presente trabalho. São os responsáveis por prover conexão à internet seus milhões de usuários por meio de sua infraestrutura de cabeamento submarino, antenas e radiofrequências.

O artigo 5º do Marco Civil da Internet, Lei 12.965 de 2014 dá alguns conceitos básicos sobre a “estrutura” dos provedores de rede:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;
VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e
VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. (BRASIL, 2016)

Sendo assim, o fornecedor à que se refere concede acesso à internet, como especificado no inciso V.

O serviço pode ser prestado de forma móvel ou fixa, também chamado de residencial ou empresarial. As empresas que prestam esse serviço, são geralmente empresas de telefonia e no Brasil as maiores são NET (subsidiária da Claro), VIVO (que adquiriu recentemente a GVT) e a Oi.

Quando fixa, a tecnologia empregada na distribuição da internet segue os padrões geralmente ADSL, ADSL2, ADSL2+ ou, em velocidades maiores, Fibra Ótica. (TELECO, 2016).

Antigamente, quem possuía internet fixa, utilizava-se do sistema “discado” que utilizava pulsos telefônicos para obter acesso. Nessa época, além da conexão ser extremamente lenta, instável e cara, o usuário necessitava obrigatoriamente possuir linha telefônica para se conectar.

Para conexões móveis, o usuário precisa de um chip GSM e um celular ou modem compatível, ou se utilizar da tecnologia cada vez menos frequente no Brasil, CDMA, necessitará de um aparelho também compatível.

As tecnologias de internet móvel são comumente referidas como 3G e 4G. Essa nomenclatura faz alusão a “geração” da tecnologia. Os acessos 3G no Brasil suportam até um máximo de 6MB/s de download, velocidade de medida de conexão, já os acessos 4G ou LTE atingem velocidades de download de até 40MB/s e estão em crescente expansão no território nacional. (TELECO, 2012).

2.2 Caracterização da relação de consumo

Em se tratando dos contratos firmados com as operadoras de telefonia, a empresa presta serviços à quem utiliza sua rede composta por antenas e transmissão de rádio frequências. O papel das empresas é prestar um serviço constante e ininterrompível ao consumidor de acordo com o contrato firmado com este.

O consumidor é a pessoa que se utiliza de toda a estrutura fornecida pela empresa/operadora como destinatário final do serviço, assim como preceitua o Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 2016c).

O conceito apresentado é diminuto, os doutrinadores por vezes esclarecem melhor a dúvida quanto ao conceito exato. Cláudia Lima Marques bem define Consumidor em uma de suas obras:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa. (MARQUES, 2011, p. 302).

Agora a dúvida se esvai, tem-se então que os usuários de internet são consumidores, mesmo que utilizem o acesso em um ambiente de trabalho ou como ferramenta deste. Excetua-se, no entanto, os casos em que há o comércio do acesso à rede, descaracterizando assim a condição de usuário e agente vulnerável da relação de consumo.

Já o conceito de fornecedor fica a cargo do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que

desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 2016c).

Esta conceituação parece melhor estruturada, porém ainda não resta evidente a relação de consumo entre o usuário de internet e o provedor de rede.

Rizzato Nunes complementa o *caput* do art. 3º afirmando que:

São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc. (NUNES, 2013, p. 135).

A definição fica mais tangível agora, mas onde se encaixa a situação dos provedores de rede?

Os provedores de rede são aqueles que proporcionam o acesso à internet ao usuário final, por meio de toda a infraestrutura necessária, geralmente são companhias telefônicas. Essas empresas vendem o serviço ao consumidor (acesso à internet) e por isso fica caracterizada a relação de consumo e consequente incidência do CDC. (MIRAGEM, 2013, p. 483-484).

O contrato firmado com as operadoras, é de adesão e nesses casos é nítida a existência de dois polos, o fornecedor do produto ou serviço e o consumidor ou usuário do serviço.

A professora Cláudia Lima Marques explica a existência e as peculiaridades do contrato de adesão:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor, *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor)

possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 2011, p. 76).

Em continuidade, a autora comenta a existência do vínculo nessa modalidade contratual e sobre a manifestação de vontade do consumidor:

A formação do vínculo – Enquanto não houver a manifestação de vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão não passa, na feliz expressão alemã, de um pedaço de papel (*Stück Papier*), mas se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, a sua adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes.

Declaração de vontade – Uma vez que nos contratos de adesão o consumidor tem de aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, na maioria das vezes o consumidor não lê sequer completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Modernamente, porém, considera-se que exista um *dever de transparência* nas relações de consumo. Assim, o consumidor deve ser informado, deve ter, pelo menos, a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Além disso, deverá o contrato de adesão ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão pelo homem comum. (MARQUES, 2011, p. 76).

Nessa modalidade, os contratos são oferecidos ao público em massa. As principais cláusulas são pré-estabelecidas e redigidas pelo contratante. Cabe ao consumidor apenas preencher os dados referentes à sua pessoa, escolher o serviço desejado e combinar o preço. Os demais termos não poderão ser efetivamente discutidos pelo consumidor adquirente. (MARQUES, 2011, p. 76).

É importante frisar que os contratos de adesão são documentos criados unilateralmente mas dependem da declaração de vontade da parte contratante para serem válidos e aplicáveis. Dizer que o contrato é unilateral, portanto é uma afirmação falsa, tanto é que o Código de Defesa do Consumidor abomina as alterações unilaterais do contrato, pois estas não passam por aceitação do consumidor e não podem ser presumidas como aceitas.

Diante do exposto, fica evidente que em se tratando de usuários de internet, há sempre uma relação de consumo. No caso, entre o usuário, que utiliza da infraestrutura do provedor de rede para navegar na internet e do próprio provedor de rede, que figura aqui como fornecedor, conforme conceituação prévia.

2.3 Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor/Código civil

Sempre que uma lei hierarquicamente superior for omissa, aplica-se subsidiariamente a outra norma que melhor especifica o tema.

No caso das relações de consumo, o código de defesa do consumidor é o “primeiro da lista” cabendo outros assuntos a qual ele é omissa, a aplicação subsidiária de outras leis, como comumente utilizado, o Código Civil.

Mas, ao tratar do assunto internet, invoca-se um instrumento normativo mais novo, o Marco Civil da Internet.

A lei foi publicada em 2014 e no mesmo ano entrou em vigor. O Marco Civil da Internet aborda especificamente o tema internet e dá as providências necessárias para a regulamentação do ambiente virtual e quanto a qualidade dos serviços prestados pelos provedores de internet.

Juliana Abrusio resumidamente aborda o tema da neutralidade da rede que é um dos pilares do Marco Civil da Internet e será abordado minuciosamente posteriormente:

Os grandes embates sobre a neutralidade travados no processo de discussão do Marco Civil da Internet giraram em torno concreto de:

- a) Liberdade dos usuários em termos de liberdade de expressão, não monitoramento do conteúdo e liberdade para trafegar dados independentemente do tipo do tráfego ou conteúdo (imagem, dados, voz, etc.), não podendo ser cobrados adicionalmente conforme o mesmo;
- b) Liberdade dos provedores de rede de telecomunicações de seus modelos de negócios em especial frente aos provedores de aplicações, serviços e conteúdo ou ao menos a garantia de modelos já existentes e consagrados no setor;
- c) Liberdade dos provedores de aplicações, serviços e conteúdo permanecerem provendo tais serviços sem serem cobrados de forma adicional pelo volume de tráfego que geram na rede de telecomunicações. (DEL MASSO; ABRUSIO; FILHO, 2014, p. 128).

O importante, para o consumidor do serviço é estar sempre amparado e não havendo a proteção em alguma das leis, aplica-se outra que trate de caso análogo.

O Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado por exemplo, caso haja mudança indevida nas cláusulas contratuais de determinado serviço de internet, uma vez que a Lei 12.965/14 pouco fala a respeito desses contratos.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; (BRASIL, 2016e).

Há também, no Código de Defesa do Consumidor, a proibição de alteração unilateral do preço, contido no inciso X do artigo supracitado. Verifica-se então que, em uma relação contratual, qualquer elemento, seja financeiro ou não, é protegido e imutável. (BESSA, 2013, p. 393).

Além de todo exposto, existe algo chamado pela doutrina de Diálogo das Fontes, esse mecanismo é o que possibilita uma espécie de conversa entre as normas. A teoria foi importada pelo Brasil principalmente pela doutrinadora Cláudia de Lima Marques que explica melhor como funciona essa relação com o Código de Defesa do Consumidor:

“É necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister é preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2010, p. 205).

Observa-se que o objetivo é que o consumidor esteja sempre amparado, portanto, caso uma lei específica que deveria regulamentar a relação jurídica em tese seja omissa quanto ao objeto tutelado, aplica-se subsidiariamente aquela mais benéfica ao consumidor.

3 O MARCO CIVIL DA INTERNET

3.1 A necessidade de regulamentação do "ciberespaço"

A internet como conhecemos nem sempre foi assim. Ela chegou ao Brasil no início dos anos 90, porém de forma ainda muito precária e com baixíssimo nível de adesão populacional. Com o passar dos anos, no entanto, não só o Brasil, mas o mundo inteiro passou a aderir à essa até então nova forma de comunicação. (NEVES; VANCIM, 2014, p. 20)

Com a adesão em massa das pessoas e a infinidade de conteúdo disponibilizado era natural que as coisas fugissem um pouco do controle. A necessidade de regular o “ciberespaço” surge a partir do momento em que a vida digital das pessoas vira um espelho da realidade. Contratos eletrônicos, por exemplo, são comuns já há muito tempo, redes sociais também, a exposição de dados e fatos na rede são cada vez mais corriqueiros. Assim como no mundo “real” o virtual também precisa de regras de “convivência” para que se tenha um mínimo de segurança na rede. (DEL MASSO; ABRUSIO; FILHO, 2014, p. 84).

A necessidade de uma lei especial é evidente pois até então os inúmeros problemas surgidos dentro da esfera virtual viam-se sem aparo, sendo necessário a utilização de normas gerais ou que tratavam especificamente de outro assunto, mas eram aproveitadas por meio de interpretação legislativa analógica. Eram utilizados então de forma discricionária normas que foram criadas para regulamentar direitos e deveres da vida civil “real” como forma não somente subsidiária, mas integral de regulamentação das ações praticadas no “ciberespaço”. (NEVES; VANCIM, 2014, p. 22).

O autor Damásio de Jesus, explica a evidente necessidade de regulamentação do “mundo virtual” dada a importância das informações que nele circulam e do relevante interesse social da matéria:

Diante da importância da informação para a ampliação da consciência, do conhecimento e da capacidade de ação dos cidadãos, o Direito não poderia deixar de regê-la. De fato, isso ocorre nos mais diversos países, que podem

defini-la com um conceito mais amplo ou restrito, e no Brasil não é diferente. Além da proteção à informação possuir *status constitucional, de direito fundamental no Brasil*, existem ainda outras normas infraconstitucionais que regulam o assunto de forma mais detalhada e específica. Assim, as tecnologias da informação e comunicação fizeram emergir o papel da informação no espaço virtual da internet, e, para tanto, tornou-se necessário garantir às pessoas o acesso a essas tecnologias. Em manifesto receio de que o espaço virtual da internet acarrete uma mobilização popular contra determinados governos, alguns países adotam regras que incluem o controle observando-se que tais regras se traduzem em uma patente violação da liberdade de expressão e do direito de informação, assegurados aos indivíduos de todos os países. De fato, a internet permite a adoção de meios técnicos para monitorar todos os atos praticados no espaço virtual pelos indivíduos, desrespeitando a sua privacidade, bem como há a possibilidade de bloquear o seu acesso a certos aplicativos, cuja obstrução pode estender-se às pessoas de um país inteiro. Assim, um espaço que pode permitir o acesso à informação e, conseqüentemente, o exercício da cidadania, também pode tornar-se um poderoso instrumento de controle da população pelos governos. (JESUS, 2014, EBOOK).

O autor ainda aborda a necessidade de ter assegurado o direito à liberdade de expressão e do caráter democrático e inclusivo da rede. Por inclusivo entende-se que a nova lei pretende possibilitar que cada vez mais os brasileiros tenham acesso à internet e que sejam tratados com igualdade independentemente de renda ou condição social.

A relatoria do até então projeto de Lei nº 2.126/2011 de autoria do Deputado Alessandro Molon é muito clara acerca dos objetivos da criação deste importante instrumento normativo:

Temos, ao propor um marco civil para a Internet, uma responsabilidade muito maior do que simplesmente estabelecer um marco legal para uma rede descentralizada de comunicações. Estamos, muito mais que isso, a gerar um arcabouço legal que tem como objetivo primordial proteger a liberdade de tráfego de informações nesta que se mostra como uma das mais radicais transformações tecnológicas, sociais e econômicas que o mundo já experimentou. Mais: esta responsabilidade ocorre no Brasil, um país conhecido por uma alta taxa de utilização da rede, por ter um alto grau de inovação na Internet e por contar hoje com número expressivo de usuários, alcançando, segundo dados recentes do Ibope/Nielsen, mais de 80 milhões de internautas.

[...]

Trata-se de um texto que dispõe sobre os direitos e garantias do cidadão na rede e que busca regulamentar os aspectos primordiais necessários para que se estabeleçam as responsabilidades dos intermediários e os direitos dos cidadãos. Não tratamos de crimes eletrônicos, de questões relacionadas ao direito autoral ou de regulações específicas do setor de telecomunicações, por exemplo. Esses são tópicos mais específicos, que

devem por certo ser discutidos pelo Legislativo, mas que demandam um debate focado em princípios, doutrinas e práticas próprias do seu campo temático. Legislações sobre tais temas, idealmente, devem surgir depois de estabelecido um marco civil, para que possam ter completa harmonia com regras mais basilares que garantam os direitos dos cidadãos que utilizam a rede. (BRASIL, 2011).

Pois bem, apesar de tardio, afinal foram mais de 20 anos sem uma norma específica quanto ao uso da rede mundial de computadores, o Marco Civil da Internet é uma ferramenta muito bem-vinda no ordenamento jurídico brasileiro.

O projeto de criação do Marco Civil da Internet foi executado de forma colaborativa e inovadora, contando com a participação dos próprios usuários da rede.

A sistemática foi realizada pelo Ministério da Justiça que realizou debates públicos em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas-RJ. A segunda fase do debate deu-se na própria página do Ministério da Justiça na internet, organizado por meio de fóruns. Além disso, foram realizadas diversas audiências públicas que contribuíram para a redação do texto final da lei que foi batizada de Marco Civil da Internet e foi promulgada em 23 de abril de 2014, recebendo o número 12.965. (CARVALHO, 2014, EBOOK).

Percebe-se que a legislação é de grande valia para regular uma área até então “esquecida” em termos de regulamentação, mas que merecia ser tutelada diante de sua grande relevância nos dias atuais. O fato da criação deste instrumento normativo ter contado com a participação dos próprios usuários torna ainda mais nobre o feito.

3.2 Proteção concedida pelo Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)

O Marco Civil da Internet é um regulamento que, segundo a descrição da própria lei, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Os usuários da rede ganharam espaço na lei, sendo dedicados a eles um capítulo inteiro contendo seus direitos e garantias. O capítulo II, apesar de conter somente dois artigos, tutela inúmeras situações, conforme se extraí do próprio texto legal abaixo:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (BRASIL, 2016e).

Dos dispositivos elencados, destacam-se os direitos à privacidade, inviolabilidade da vida privada, sendo neste caso resguardado direito à dano material ou moral em caso de violação, o direito à não suspensão da conexão, um dos pilares deste trabalho e a imposição da manutenção da qualidade contratada da conexão à internet.

Outros também merecem igual enfoque, como o direito de não ter seus dados pessoais distribuídos à terceiros e de ser avisado caso dados inseridos em algum website ou aplicativo forem coletados ou armazenados.

A norma objetivou coibir a ação de inúmeras empresas que costumavam trabalhar e comercializar esses tipos de dados sem regulamentação alguma. Com a vigência desta lei, a prática deste verdadeiro comércio, torna-se clandestina. O monitoramento efetuado pelo governo em parceria com as empresas também se torna ato ilegal perante a nova legislação. Caso os serviços “web” necessitem coletar e/ou publicar algum dado do usuário para a execução de suas tarefas, devem informar previamente ou, sendo o caso, prever expressamente a finalidade desta coleta nos termos de uso do serviço, em cláusulas de fácil entendimento. (VANCIM; NEVES, 2014, p. 69-70).

Os dispositivos observados, tratam-se basicamente de direitos consumeristas, porém específicos e direcionados aos usuários da internet o que torna sua aplicação e efetividade mais clara. Porém, nada impede, que em caso de não abrangência de algum direito nos artigos 7º e 8º da Lei 12.965/2014 sejam utilizados outros textos legais conforme explanado no capítulo anterior.

3.3 Direitos e obrigações dos provedores de rede

Apesar dos destaques aos direitos dos usuários da internet, não se pode negligenciar o fato de que os provedores de rede também tiveram asseguradas garantias, mas também obrigações.

O capítulo III do Marco Civil da Internet, intitulado “Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet” é na verdade um conjunto de normas que devem ser obedecidos pelos provedores de modo geral.

A seção II do terceiro capítulo, pulando intencionalmente a seção I pois o assunto abordado (neutralidade da rede) será abordado com maior especificidade no próximo subitem, trata da proteção dos registros e da privacidade dos usuários.

Os artigos 10 e 13 do Marco Civil merecem destaques são relativos respectivamente à guarda dos registros de conexão, proibindo que os provedores divulguem informações relativas a intimidade dos usuários e o segundo que permite que sejam armazenados os dados somente por decisão judicial. Conforme se observa no diploma legal *in verbis*:

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

[...]

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência. (BRASIL, 2016e).

Isto é, é vedado provedores manterem em sua base de dados, informações referentes aos endereços acessados. Os dados que deverão ser guardados pelos provedores são os relativos aos registros de conexão. Isto é, basicamente, o endereço de IP da máquina, o tempo em que ficou conectado e a data e hora do acesso. Esses dados, cabe novamente salientar devem ser anônimos, não havendo a possibilidade de divulgação por nenhum motivo, salvo por ordem judicial. (VANCIM; NEVES, 2014, p. 69-70).

Já a seção III, intitulada “Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros” concede uma garantia importante aos provedores

de conexão, a de não serem penalizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Rony Vainzof, autor convidado da obra Marco Civil da Internet lei 12.965/2014, publicada em 2014 exemplifica essa garantia:

Tais provedores de aplicações são apenas e tão somente mais um meio para a prática de qualquer atividade de um usuário na Internet, sejam tais atividades lícitas ou ilícitas. Assim, em princípio, o responsável direto por um dano causado por intermédio de um provedor de aplicações é o usuário perpetrador do ilícito, devendo a vítima buscar a indenização contra o mesmo, pois os provedores de serviços geralmente surgem em demandas dessa natureza como simples intermediários entre a pessoa ofendida e o usuário do serviço, que se valeu do mesmo para causar o dano. (DEL MASSO; ABRUSIO; FILHO, 2014, p. 197).

Ou seja, a partir do advento do Marco Civil da internet, os provedores de rede e aplicações somente serão responsabilizados se forem negligentes quando a exclusão do conteúdo ilícito disponibilizado em suas plataformas. A responsabilidade pelo conteúdo “postado” na rede agora se consolida como sendo do próprio usuário que veiculou o ilícito, cabendo ação de indenização contra este e não mais contra os provedores.

3.4 A garantia de neutralidade da rede

Um dos mais importantes assuntos tratados pelo Marco Civil da Internet é sem dúvidas a neutralidade da rede. Inclusive por se tratar de um dos assuntos mais peculiares houve uma certa demora para sua efetiva regulamentação. É sabido que o Marco Civil da Internet “garante” a neutralidade da rede, porém faltava uma regulamentação, um dispositivo que “explicasse” a lei e apresentasse suas diretrizes.

Pois bem, um dos últimos atos da presidente, atualmente afastada, Dilma Rousseff, foi soltar um decreto que regulamenta a famigerada neutralidade da rede. O decreto é o de número 8.771 de 11 de maio de 2016, e logo no seu artigo 3º já fundamenta a neutralidade:

Art. 3º. A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei nº 12.965, de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da internet no País, conforme previsto na Lei nº 12.965, de 2014. (BRASIL, 2016b).

Vemos, portanto, que a garantia da neutralidade da rede objetiva a não-discriminação de dados pela sua natureza, ou seja, tratar qualquer informação solicitada pelo usuário de forma isonômica, sem limitações da velocidade do acesso ou dando preferência à algum serviço em detrimento do outro. Na prática, se um usuário deseja consultar seu extrato bancário *online*, fazer uma pesquisa acadêmica ou simplesmente assistir algum vídeo por *streaming* (transmissão multimídia pela internet) ou fazer *download* (descarregar arquivos) de jogos e séries não poderá o acesso ser prejudicado ou beneficiado em razão da natureza do seu conteúdo. Não cabe as operadoras e nem a ninguém ditar o que é “útil” ou o que é “desperdício” de banda. (CARVALHO, 2014, EBOOK).

Além do mais, o dispositivo em questão coíbe a concorrência desleal. Isso porque, ao proibir a discriminação de tráfego em razão do conteúdo, as empresas ficam impedidas de promoverem um serviço de forma gratuita enquanto outro, da concorrência tem seu acesso cobrado. Um exemplo concreto, que é interessante ser mencionado, diz respeito à oferta de algumas empresas que fornecem/forneciam o acesso “sem descontar da franquia de dados” do aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*.

Ora, é manifesto que o *WhatsApp* não é o único aplicativo que realiza esse tipo de serviço, existem dezenas, quiçá centenas de outros aplicativos de mensagens instantâneas que executam as mesmas funções, mas por quê restringir esse benefício somente ao aplicativo de propriedade do *Facebook*? Pelo ponto de vista do usuário a medida pode dividir opiniões. Os que sempre utilizaram a ferramenta do *Facebook* talvez acreditem que a “promoção” é benéfica pois, principalmente nos dias atuais em que o corte da internet tem se tornado uma prática comum, utilizar o mensageiro sem descontar da franquia de consumo com certeza parece tentador. Porém, por outro lado, ocorre uma verdadeira segregação dos usuários de outras plataformas como *Telegram Messenger*, *Viber*, *Line*, *WeChat* e outros aplicativos alternativos, de certa forma, pouco atraentes.

Uma pesquisa recente, datada de dezembro de 2015, do IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, mostrou o que não parecia surpresa pra ninguém, o aplicativo mais utilizado pelos Brasileiros, presente em 93% dos celulares dos entrevistados, é o WhatsApp. (IBOPE, 2015).

Outro exemplo claro de desrespeito ao princípio da neutralidade é a prática de *Traffic Shapping*, ou traduzido do termo em inglês, Modelagem de Tráfego. A prática consiste em prejudicar o acesso de determinado conteúdo por não ser benéfico aos “negócios” da empresa que fornece o acesso. A prática não é nova e infelizmente também não é incomum, uma simples pesquisa na internet revela vários relatos à respeito de usuários que tiveram seus acessos limitados.

A doutrinadora, especialista em Marco Civil da Internet, Ana Cristina de Azevedo P. Carvalho em seu Ebook, O Marco Civil da Internet, aborda também o caso das operadoras de telefonia que, sentindo-se ameaçadas pelos serviços de *VoIP* “Voz sobre IP” poderiam, em tese, forçar uma queda de preço neste tipo de serviço, reduzem drasticamente a velocidade da banda direcionada a este tipo de conteúdo, uma tentativa clara e desleal de sabotagem. (CARVALHO, 2014, EBOOK).

A preocupação das emissoras de televisão em perder assinantes também ou mesmo dos provedores de rede de terem “congestionadas” suas “linhas” poderia, em caso de não haver uma regulamentação quanto a neutralidade de rede, ameaçar o acesso de quem assiste muito conteúdo sob demanda de sites como Netflix ou YouTube.

Um estudo publicado pela revista digital americana Variety, apontou que em março de 2014 o serviço de streaming de filmes e séries Netflix, já era responsável pela utilização, sozinho, de 34,9% do volume de banda consumido diariamente na América do Norte. O número é sem dúvidas expressivo. (VARIETY, 2014).

Um artigo de autoria de Igor Drumond, intitulado Neutralidade de Rede: Finalidade, Eficácia, Efetividade e Eficiência, cita um caso ocorrido nos Estados Unidos envolvendo uma disputa entre a Netflix e algumas das maiores operadoras americanas, como a Comcast, AT&T e a Verizon. O caso conhecido como *Netflix v. Comcast*, é relativo à acusação das empresas que alegavam que o referido serviço de streaming estava sendo o culpado pela sobrecarga de suas linhas de tráfego. A Netflix por outro lado, rebatia afirmando que as empresas estavam restringindo o acesso dos usuários aos seus conteúdos.

O embate findou quando a Netflix realizou com essas empresas um acordo para que assegurassem a qualidade da conexão no acesso aos seus serviços. Por óbvio a natureza destes contratos teve cunho pecuniário, como afirma Tim Wu, professor da Columbia Law School, o que pode prejudicar a concorrência de empresas com menor poder aquisitivo que não poderiam arcar com esses custos mais elevados. (DRUMOND, 2014, p. 130-131).

A medida, portanto, torna o acesso mais democrático, o que é fundamental também na rede, preserva a livre concorrência e prejudica a formação de monopólios que em nada beneficiariam à vida dos consumidores.

3.5 A preservação da funcionalidade da rede

A preservação da funcionalidade da rede é essencial para que se tenha um serviço decente e inclusivo. É disciplinada pelo artigo 3º da Lei 12.965/2014 conforme observa-se:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
II - proteção da privacidade;
III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; (grifei).
VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.
Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2016e).

A preservação da funcionalidade da rede não tem um caráter meramente técnico, no que tange à manutenção da velocidade contratada e da constância do acesso, mas também um lado relacionado à elaboração de políticas públicas inclusivas.

A constância no acesso e a preservação da velocidade são itens que determinam a qualidade do serviço prestado. Uma internet lenta e que não mantenha um acesso ininterrupto com certeza não atinge o seu propósito: o de incluir pessoas. O acesso à rede só será democrático de fato quando todos puderem acessar de forma decente e sem falhas.

Quanto ao princípio da preservação da funcionalidade, Damásio de Jesus comenta o que segue:

Dentre os princípios do uso da internet está elencada, no inc. V do art. 3º, a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede. É importante consignar que a internet é descentralizada, composta por vários computadores interligados e provedores, sendo que cada qual é responsável, no Brasil, pela estabilidade, pelo funcionamento e pela segurança da rede, no limite em que operem. (JESUS, 2014, EBOOK).

Como verificamos, tal princípio é intrínseco à própria prestação do serviço que, assim como qualquer outro, deverá ser estável e estar pronto para ser utilizado quando o usuário necessitar.

Ainda, deve ser seguro, na medida em que, as informações fornecidas aos provedores de rede e de conteúdo sejam sigilosas e não haja vazamentos de dados pessoais que comprometam não só a segurança *online* do usuário como também sua segurança pessoal.

4 A (IM) POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA CONEXÃO DE INTERNET

4.1 A ANATEL como órgão regulamentador

Agência reguladora é um órgão criado a partir da necessidade do Estado de fiscalizar e definir regras para os serviços essenciais que outrora eram monopólio estatal. Essas regras, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, visam não somente organizar aspectos da vida econômica, mas também da social, objetivando proteger o interesse público. (DI PIETRO, 2005, p. 205).

Com a eventualidade da desestatização, surgiu a necessidade do Estado “manter as rédeas” da economia, pelo menos em parte, e a solução adotada foi a criação das Agências Reguladoras.

Essas agências, foram imbuídas de autonomia em relação ao poder público e autoridade para intervir nas relações econômicas da iniciativa privada. Foram instituídas como autarquias, porém sob regime especial com o intuito de assegurar o exercício pleno de suas funções.

As agências reguladoras são o meio mais eficaz do Estado intervir na economia sem “furar” a participação dos entes privados e sem confundir a regulação da atividade com a exploração econômica propriamente dita. Ainda, é um mecanismo adequado e conveniente para promover a defesa dos interesses dos cidadãos, para garantir a ampla concorrência coibindo a existência de monopólios privados e de exercer a autoridade estatal de modo menos despótico e mais transparente. (NETO, 2005, p. 46).

A função administrativa das agências regulamentadoras é brilhantemente descrita pelo doutrinador Marçal Justen Filho em sua obra Curso de Direito Administrativo *in verbis*:

A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição,

mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, par referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes. (FILHO, 2014, p. 127).

Observa-se que o autor se utiliza do conceito “mecanismos de incentivo e desincentivo”, denotando bem qual são as reais intenções das agências que é: participar indiretamente da economia daqueles mercados que deixaram de ser monopólios estatais. Ou seja, os órgãos regulamentadores existem para de certa forma controlar os serviços que não são exercidos pelo Estado, mas que foram delegados.

Os serviços de telecomunicações não são diferentes, antigamente eram monopólio estatal, mas com a Constituição de 88, abriu-se espaço para a iniciativa privada, restando ao Estado, por meio da ANATEL, a agência reguladora responsável pelas telecomunicações no Brasil, normatizar esses serviços.

A criação da ANATEL já estava prevista na Constituição, que por sinal, somente prevê a criação de dois órgãos regulamentadores: uma já citada, no art. 21, XI que postula a criação de órgão que regule os serviços de telecomunicações e outra, encontrada no art. 177, §2º, III que objetiva regular o monopólio federal sobre as atividades relacionadas ao petróleo. (FILHO, 2014, p. 702).

As informações extraídas do site oficial do Governo Federal são de grande valia para caracterização dos serviços prestados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL:

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) promove o desenvolvimento das telecomunicações no País. Criada em 1997, a agência tem independência administrativa e financeira e não está subordinada a nenhum órgão de governo. A Anatel tem poderes de outorga, regulamentação e fiscalização e deve adotar medidas necessárias para atender ao interesse do cidadão. (BRASIL, 2009).

A Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações, também dá suas diretrizes e define sua estrutura administrativa constitutiva:

DA CRIAÇÃO DO ÓRGÃO REGULADOR

Art. 8º Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º A Agência terá como órgão máximo o Conselho Diretor, devendo contar, também, com um Conselho Consultivo, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas incumbidas de diferentes funções.

§ 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. (BRASIL, 2016).

Como a própria lei acima já aduz, as agências reguladoras não são apenas autarquias, elas são consideradas especiais. O que as diferencia das demais são uma série de privilégios contidos na lei que as institui. A razão para que ocorra essa diferenciação tem a ver com a autonomia jurídica mais ampla frente a Administração direta conferida a estes sujeitos. (FILHO, 2014, p. 700).

Geralmente os “benefícios” deste regime autárquico especial envolvem a autonomia financeira dos órgãos, o poder normativo inerente à função reguladora e a independência administrativa.

A função reguladora, por sua vez, faz-se necessária para que se perpetue o exercício finalístico da agência, o de regular, e a autonomia nesse viés é necessária ante a importância dos serviços passíveis de regulação.

Com a descentralização administrativa promovida em meados dos anos 90 e a consequente redução dos monopólios estatais, surgiram no Brasil diversas empresas estrangeiras para explorar esses serviços. As operadoras de telefonia fixa e posteriormente móvel são um bom exemplo disso. Das quatro maiores empresas atuantes nesse setor no Brasil, três são subsidiárias de outros países. A TIM é uma

empresa italiana, a Telefónica, empresa espanhola, é detentora da Telefônica Brasil e GVT/Vivo, a Claro é parte de um grupo de telecomunicações mexicano, sendo a Oi a única entre as quatro que é originalmente brasileira. (TELECO, 2016c).

Com a vinda de capital estrangeiro em solo nacional traz à baila também a necessidade do estado de fiscalizar essa prestação de serviços, o que é feito através das agências reguladoras. Dito isso, é incumbido a elas a tarefa de zelar pelo interesse público na prestação deste serviço, mesmo que seja exercido por empresa não-estatal.

Por regulamentar entende-se dar diretrizes e não propriamente legislar. E por dar diretrizes entende-se que as agências regulamentadoras devam respeitar o livre mercado, porém, estabelecendo regras de "ajuste" para que continuem competitivas, mas respeitem os interesses nacionais e do consumidor.

4.2 O limite do poder normativo da ANATEL

Antes de adentrar à nulidade do artigo emanado pela ANATEL, faz-se necessário demonstrar os limites do poder normativo regulador das agências reguladoras.

Poder normativo, é o poder conferido pelo legislativo ao executivo, por meio de lei, que possibilita a edição de atos e resoluções com caráter normativo para disciplinar a atuação de empresas privadas, por exemplo. O poder normativo pode se dizer inerente às agências reguladoras, uma vez que, é por meio dele que se criam as diretrizes e se dá executoriedade aos atos emanados. (DI PIETRO, 2005, p. 192-195).

O artigo 174 da Constituição Federal dispõe sobre algumas das atribuições posteriormente delegadas às agências reguladoras.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 2016a).

Já, quanto o artigo 84, IV, da Constituição, ao contrário do que se possa pensar com a leitura do referido dispositivo, que diz que é competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos, essa competência não se trata de uma reserva constitucional, é, em verdade, compartilhada entre vários membros da administração pública. (FILHO, 2014, p. 704).

O artigo 19 da Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, que cria a ANATEL, é um ótimo exemplo do poder conferido as agências:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (BRASIL, 2016).

Há que esclarecer que as normas expedidas por estes órgãos não são isentas de controle pelo Poder Judiciário. Ademais, por terem caráter infralegal, também devem estar em consonância com as normas hierarquicamente superiores.

O art. 49, inciso X da Constituição Federal, ao prescrever como competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, também indica que as normas emanadas pelas agências reguladoras sofrem igualmente controle do Poder Legislativo.

Conquanto, mesmo sendo-lhes atribuído poder normativo não significa dizer que exerçam função legislativa, pois são várias as limitações neste aspecto. Esses órgãos servem para elaborar diretrizes, reforçar a existência de legislação acerca de um tema e exercer poder de polícia e não para inovar juridicamente ou passar por cima de normas já vigentes, sob pena de ferirem o princípio da separação dos poderes.

Os atos normativos derivados dessas agências também não podem regulamentar nem complementar as leis, pois estariam ferindo a competência do já mencionado artigo 84 da Constituição, então restam a eles regular as leis já existentes.

As regulações feitas pelas Agências devem ser de cunho técnico, ou seja, questões que não poderiam ser melhor especificadas pelo legislador por se tratar de tema que exige um conhecimento técnico diferenciado. Por se tratar de tema técnico e específico, na própria lei de criação serão delimitadas as áreas de atuação das agências que de forma alguma poderão extrapolar essa esfera.

Ainda, as normas expedidas, por serem atos administrativos, devem ser fundamentadas para que se preserve e se prove o caráter público das decisões.

Diante disso, pode-se afirmar que os atos normativos das agências reguladoras, frisa-se a ANATEL, devem ter caráter técnico e jamais devem inovar juridicamente ou pior, contrariar qualquer dispositivo hierarquicamente superior.

4.3 O acesso à internet como instrumento de cidadania

A popularização da internet é um dos mais importantes fenômenos dos tempos em que vivemos. Sua repercussão no mundo do Direito já é observada, principalmente nos ramos do Direito do Consumidor, por exemplo. O impacto que a Rede causa no ramo das ciências jurídicas, no entanto, não se resume somente à isto.

Acontece que a Internet mudou a vida das pessoas de muitas formas, e está ligada a todos os aspectos da nossa rotina: o trabalho, educação, vida social, saúde, utilização de serviços e outras áreas. Pode-se assim, dizer que a Rede se tornou um importante instrumento para a sociedade.

Além de nos manter informados, em contato com pessoas distantes e das infinitas possibilidades de entretenimento, a internet tem se mostrado uma excelente ferramenta de cidadania.

O conceito de cidadania é amplo e uma simples consulta ao dicionário retorna geralmente o verbete “qualidade de cidadão”, o que é muito aquém do real significado. O escritor Dalmo de Abreu Dallari, no entanto, consegue de forma sintética dar uma luz quanto a esse conceito:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 2004, p. 14)

Seja para debater ideias ou formar opiniões, não restam dúvidas quanto a relevância desse instrumento.

Ainda, cabe ressaltar o importante papel desempenhado pelas redes sociais quanto a organização de manifestações e como forma de fazer suas ideias serem ouvidas.

O próprio Marco Civil da Internet dá a Rede o *status* de “serviço essencial ao exercício da cidadania” conforme artigo 7º *in verbis*:

Art. 7º **O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania**, (grifei) e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

- I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
- IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;
- V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;
- VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;
- VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. (BRASIL, 2016e).

A lei é clara no sentido de dar a internet o caráter de serviço essencial, há alguns autores inclusive que a consideram a internet um Direito Fundamental

Mais e mais exemplos de como a internet pode ser a voz dos que não poderiam ser ouvidos por outros meios surgem a cada dia e a tendência é que as coisas só melhorem neste desiderato, porém, para que tudo ocorra, é indispensável que se garanta acesso a todos e se minimize as interrupções ao serviço.

4.4 A nulidade do Artigo 52 da Resolução 632 da ANATEL

Observados os limites do poder normativo conferido as agências reguladoras, em especial à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, pode-se aferir o motivo da nulidade do artigo que fundamenta o título deste trabalho: o corte de internet após o termino da franquia de dados.

As empresas de telefonia móvel e recentemente, no segundo trimestre de 2016, também as fornecedoras de internet fixa banda larga, passaram a adotar uma política de suspensão ao acesso à internet após esgotada a franquia de dados previamente contratada.

Ocorre que, no caso das empresas de telefonia móvel, a prática era de redução da velocidade do acesso quando atingido o limite pré-estabelecido no contrato e não da suspensão do serviço contratado.

É sabido que o direito consumerista protege os contratos de consumo, inclusos os de adesão que são o caso.

Os contratos de adesão, já abordados no capítulo I, são aqueles com cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pelo prestador de serviço, mas isso não os dá o direito de revogar cláusulas contratuais ou as alterá-las unilateralmente a qualquer tempo.

O código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 11 de setembro de 1990, veda expressamente essa prática, elencando-a no rol de cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, conforme se acha no texto legal *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
[...]
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
[...]
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
[...]
(BRASIL, 2016c).

Há também, no Código de Defesa do Consumidor, conforme se observa, a proibição de alteração unilateral do preço, contido no inciso X do artigo supracitado. Verifica-se então que, em uma relação contratual, qualquer elemento, seja financeiro ou não, é protegido e imutável. (BESSA, 2013, p. 393).

Apesar da existência dessa proteção jurídica, algumas operadoras de telefonia móvel (TIM, VIVO, OI e CLARO) adotaram uma política de corte no serviço com base na resolução 632 da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, mais especificamente utilizando-se do Art. 52 desta normativa:

Art. 52. As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC. (BRASIL, 2016).

Ora, essa norma é claramente nula. Há um evidente prejuízo ao consumidor quando se estipula uma norma dessa feita. O dispositivo editado pela ANATEL é uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 51, XIII, protege os contratos, declarando nulidade e abuso de direito todas as cláusulas que possam ser alteradas unilateralmente.

Visto isso, fica evidente a nulidade do artigo 52 da mencionada Resolução da Agência Nacional de Telecomunicações frente ao Código de Defesa do Consumidor.

É patente que um simples aviso prévio não perfaz meio adequado para realizar uma alteração tão importante, isso porque não dá ao consumidor o direito de escolha e avilta os princípios básicos do direito do consumidor.

Ora, é evidente que ao criar um dispositivo que teoricamente permite a alteração contratual *in pejus* para o cidadão e usuário, a agência fere contundentemente suas próprias premissas de defender o interesse público.

Os usuários do serviço, partes evidentemente mais frágeis da relação contratual, tornam-se refém das vontades das empresas de telefonia, que a partir desta regulamentação podem, em tese, ajustar e moldar seus contratos da forma que lhes for mais favorável.

Os resultados provenientes da perpetuação desta normativa são ainda mais severos se for levado em conta que a mudança contratual proposta pelas operadoras impõe a suspensão de um serviço que já foi pago e agora está sendo retirado arbitrariamente pelas empresas.

A atitude das empresas, no entanto, está disfarçada de ato válido, pois está sob a capa de uma norma que se presume legal, porém fere legislações hierarquicamente superiores.

Conforme conteúdo já exposto no capítulo imediatamente anterior, a Resolução 632 da ANATEL fere também o Marco Civil da Internet, recente conquista do ordenamento jurídico nacional.

No Marco Civil da Internet, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, a violação é ainda mais evidente, contida no Art. 7º, inciso IV, há a proibição da suspensão da conexão à internet, salvo os casos de débito decorrente da utilização da mesma. Ou seja, a mera utilização integral da franquia estipula não deve ser óbice para a navegação na internet, ainda que com velocidade reduzida.

Deve se levar em conta que de modo algum poderia haver a suspensão do acesso à internet, isso porque, mesmo que a medida atinja somente os novos contratos, que contenham cláusula expressa declarando que os serviços serão suspensos após o término da franquia, há ainda o dispositivo do Marco Civil da Internet que define como DIREITO do usuário não ter sua conexão suspensa.

Nos julgados abaixo ficam demonstrados os entendimentos atuais do judiciário acerca do tema:

O primeiro é um julgado de primeiro grau de Brasília, nesta decisão o magistrado elucida os preceitos legais violados pela operadora TIM ao suspender a conexão à internet após o término da franquia:

Circunscrição : 11 - NUCLEO BANDEIRANTE
Processo : 2015.11.1.004460-3
Vara : 1401 - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DO NÚCLEO
BANDEIRANTE - CÍVEL

Processo : 2015.11.1.004460-3
Classe : Procedimento do Juizado Especial Cível
Assunto : Telefonia
Requerente : ALYXANDRA PIRES FRANCA MENDES
Requerido : TIM CELULAR S.A

Sentença

Dispensado relatório (Lei n. 9.099/95, art. 38).

ALYXANDRA PIRES FRANÇA MENDES ajuizou ação de conhecimento em desfavor de TIM CELULAR SA pelo rito da Lei 9.099/95 objetivando: a) a desconsideração da alteração unilateral do contrato entabulado entre as partes, ou seja, a previsão do uso ilimitado da internet móvel com pacote de dados de 30 MB por dia e redução da velocidade após o uso da franquia, sem interrupção do serviço, cobrança adicionais e majoradas, redução da sua qualidade e, b) compensação por dano moral no valor de R\$ 8.000,00

Decido.

A matéria está suficientemente instruída pelo que passo ao julgamento do mérito (CPC, art. 330, I).

A ré, a despeito de citada e intimada para audiência de conciliação a esta não compareceu, fazendo-se incidir a revelia e a produção dos seus efeitos na medida em que este Juízo não tem convicção diversa daquela apontada na inicial (Lei n. 9.099/95, art. 20).

Presentes os pressupostos processuais da demanda e as condições da ação, passo ao exame do mérito que reside em saber se há prova do vício no fornecimento do serviço de internet móvel e se houve lesão a direito da personalidade da autora.

Cuida-se de relação de consumo (CDC, arts. 2ª e 3ª).

a) Do vício do produto

O produto apresenta vício de qualidade quando se mostra inadequado para os fins que razoavelmente dele se espera ou não atenda as condições de prestabilidade (CDC, art. 20, § 2º).

O ônus da prova nos casos de alegação de vício do serviço é do consumidor, caso não seja este invertido, a teor do que dispõe o art. 6º, VIII do CDC.

É desnecessária a inversão do ônus da prova, a despeito da verossimilhança do que alegado pela autora, haja vista que o fato é notório, posto que amplamente noticiado pela mídia que as operadoras de serviço de telefonia têm restringido o uso de dados via internet móvel como forma de compelir o consumidor a contratar plano de maior custo, ao invés de reduzir o valor do tráfego de dados, conforme contratualmente estabelecido. Ademais, a ré quedou inerte impondo-se os efeitos da revelia, vale dizer, a veracidade dos fatos, bem como de suas consequências jurídicas.

Para melhor elucidação dos fatos a autora acostou aos autos as telas impressas do seu telefone em que às 14h30min a ré afirma que já teria sido utilizado 80% do valor do pacote de internet e imediatamente depois, às 14h29min informa que foi atingido o uso de 100% do aludido pacote ofertando novo plano para contratação (fl. 17).

Em face da revelia, presume-se que a autora contratou plano pós-pago na modalidade infinitoy, não podendo a ré ter alterado unilateralmente o que ajustado por ser vedado em lei (CDC, art. 51, XIII) e não há notícia de previsão da suspensão do serviço uma vez e acaso atingido o uso da franquia do pacote de dados. Portanto, há disparidade entre o serviço ofertado e o efetivamente disponibilizado para a autora (CDC, art. 20).

Isto evidencia que o serviço tem sido prestado pela ré com vício de qualidade. O Código de Defesa do Consumidor faculta ao consumidor, e a seu critério, requer a reexecução do serviço, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo das perdas e danos e o abatimento proporcional do preço (CDC, art. 20).

Este o motivo pelo qual **cabe à ré fornecer à autora de forma contínua o pacote de dados de internet, sem suspensão do serviço, ainda que haja redução do valor do tráfego de dados por força da utilização da integralidade do pacote de dados** (grifei), sob pena de multa mensal no valor de R\$ 4.000,00 acaso constatada e provada a suspensão do serviço.

b) Da lesão a direito da personalidade

O vício do serviço, além das hipóteses previstas no art. 20, II, expressamente propicia a reparação de eventuais perdas e danos, aqui ocorridos em caráter da lesão à dignidade da consumidora por força da estratégica má-fé utilizada pela ré para forçar a contratação de serviço de maior custo.

No presente caso, e de forma peculiar, entendo que a ré lesionou direito da personalidade da autora porque abusando de sua posição de fornecedora do produto praticou ato ilícito que excedeu manifestamente o seu fim econômico e social e boa-fé (CC, art. 18).

A restrição indevidamente estabelecida em desfavor da autora (peal ré 17/19 e 26/30), aliado ao fato de que a autora necessita da internet para o exercício do seu próprio trabalho evidenciam que esta teve a sua paz de espírito perturbada pela conduta abusiva da ré.

A sistemática jurídica descansou a definição do dano moral na mera violação do direito subjetivo da personalidade, tornando desnecessária a efetiva constatação da real existência da dor espiritual da vítima do evento. Isto porque, nem a autora poderia demonstrar a dor por si mesmo experimentada, tampouco a ré poderia produzir qualquer prova em sentido contrário porque a dor moral não é possível de concretização no plano natural. Vale dizer, o dano é presumido pelo legislador ante a simples conduta praticada pelo agente.

A indenização por dano moral não obedece a critério estrito de legalidade, até porque impossível a quantificação tabelada da dor presumida da vítima por violação à direito subjetivo da personalidade, sendo certo que tal indenização tem caráter essencialmente satisfativo, posto que impossível de equiparação econômica, bem como, ainda, visa à punir a conduta do agente causador do dano, a fim de lhe imprimir aspecto pedagógico para que a conduta impugnada não torne a se repetir.

Atento às diretrizes da gravidade objetiva, da extensão do dano, do caráter pedagógico da reparação e da capacidade econômica da ré, arbitro a indenização por dano moral em R\$ 6.000,00.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, confirmo a antecipação dos efeitos da tutela e julgo procedente o pedido para:

- a) Condenar a ré reverter a alteração unilateral do contrato entabulado entre as partes, ou seja, a previsão do uso ilimitado da internet móvel com pacote de dados de 30 MB por dia e redução da velocidade após o uso da franquia, sem interrupção do serviço, cobrança adicionais e majoradas, redução da sua qualidade, sob pena de multa mensal no valor de R\$ 4.000,00, acaso constatada e provada a suspensão do serviço;
- b) condenar a ré a compensar dano moral experimentado pela autora no valor de R\$ 6.000,00, cujo valor deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC a contar da data desta sentença (STJ, 362) e de juros legais de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Resolvo o processo com exame do mérito com fundamento no art. 269, I do Código de Processo Civil.

Transitado em julgado, aguarde-se por 10 dias. Nada sendo requerido, arquivem-se com as cautelas de estilo.

Sem custas nem honorários, por força do disposto nos arts. 54 e 55 da Lei nº 9.099/95.

Publique-se. Sentença registrada eletronicamente. Registre-se.

Núcleo Bandeirante - DF, quinta-feira, 07/01/2016 às 15h34.

Marcelo Tadeu de Assunção Sobrinho
Juiz de Direito

Vistos.
(BRASIL, 2016).

Vislumbra-se nessa decisão que o juiz levou em conta somente os dispositivos do Código Civil, na parte da má-fé da empresa e necessidade de reparação dos danos e do Código de Defesa do Consumidor no que toca à alteração unilateral do contrato e do vício do produto, no entanto, a decisão foi favorável à autora.

Foi dado procedência ao pedido para condenar a ré, TIM CELULAR S.A., a reverter a alteração unilateral do contrato, ou seja, voltar a fornecer internet à autora após o término da franquia (com velocidade reduzida). Ainda, condenou à ré a compensar o dano moral sofrido pela autora por não poder utilizar o serviço da forma contratada, no montante de R\$ 6.000,00.

O caso a seguir concerne a um recurso que busca reformar a sentença proferida pelo juízo *a quo* que decidiu pela improcedência dos pedidos do autor. No pleito inicial o autor buscava a restauração do contrato alterado unilateralmente para que se mantivesse o acesso à internet após o término da franquia de dados, ainda que com velocidade reduzida, e compensação por danos morais:

Recurso nº: 0007211-52.2015.8.19.0036
Recorrente: DENIS LEANDRO BOMFIM TRINDADE
Recorrido: TIM CELULAR S/A

VOTO EMENTA - O autor alega que em junho de 2014 contratou o serviço de internet ilimitada, com redução de velocidade quando atingida a franquia e em 2015 em vez da redução pactuada, passou a ocorrer a suspensão do serviço. Pede que a ré se abstenha de promover o bloqueio de acesso à internet, o restabelecimento das condições do contrato, com a redução da velocidade de navegação após o consumo da franquia e compensação por danos morais. Em sua defesa aduz a parte ré, em síntese, preliminar de incompetência do Juizado Especial Cível, falta de interesse de agir e necessidade de inclusão da ANATEL no polo passivo. Informa, ainda, que não comercializa planos com franquia de dados ilimitada, e o que existia era uma cortesia após o consumo total estipulado, sendo fornecida ao cliente a utilização do serviço de internet com redução de velocidade. Sustenta que atualmente a parte autora poderá se utilizar do volume de dados previsto no contrato e, após o esgotamento da franquia, terá o tráfego de dados suspenso, até o início do próximo ciclo, que no caso ocorrerá no dia seguinte, razão pela qual requer a improcedência do pedido. Sentença às fls. 116/120 que julgou IMPROCEDENTE os pedidos. Recurso interposto pelo AUTOR, sustentando a abusividade do procedimento adotado pela Recorrida, pleiteando a procedência dos pedidos contidos na inicial. É o breve relatório. Decido. Telefonia móvel. No caso em comento, de acordo com o entendimento uniformizador da I Turma Recursal Cível do E. TJRJ, a r. sentença merece ser reformada, com todas as vênias. Oferta de

contratação de plano de internet ilimitada com redução de velocidade após atingimento da franquia. Ré que alterou o contrato unilateralmente, bloqueando o serviço. Abusividade. Violação da boa fé objetiva que deve haver nas relações contratuais. Frise-se que houve violação ao dever de informação prévia e adequada, consubstanciada no art. 6, III CDC, violando-se, ainda, a norma do art. 35 do mesmo Diploma. A ré não logrou demonstrar os fatos desconstitutivos do direito autoral, ônus que lhe competia na forma do art. 333, II, do CPC, e do qual não se desincumbiu a contento, inexistindo nos autos qualquer prova passível de corroborar suas assertivas. Dano moral configurado. Provimento do recurso para julgar procedente o pedido. Assim, VOTO pelo conhecimento do recurso parte autora, dando-lhe provimento para reformar a sentença de fls. 116/120, com todas as vênias, para JULGAR PROCEDENTE os pedidos autorais, condenando a ré a manter o acesso da linha do autor número 21-98340-0608 à internet, nos termos do contrato ofertado, reduzindo a velocidade caso seja atingido o limite da franquia, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) limitada a R\$ 3.000,00 (três mil reais), bem como a pagar a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), corrigida a contar da publicação da presente e acrescido de juros legais de 1% ao mês a contar da citação, a título de compensação pelos danos morais suportados. Sem honorários ante o disposto no art. 55 da Lei 9099/95. Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2015 PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA JUIZA RELATORA PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL
(TJ-RJ - RI: 00072115220158190036 RJ 0007211-52.2015.8.19.0036, Relator: PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: 15/10/2015 00:00) (BRASIL, 2015b)

O último caso a ser analisado, trata-se de uma decisão polêmica que obrigou as operadoras de telefonia de Minas Gerais a se absterem de interromper os serviços de internet móvel após o término da franquia:

Agravo de Instrumento 0027422-57.2015.4.01.0000/MG
Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado)
Agravante: Telefônica Brasil S/A Advogados: Dr. Breno Rodrigo Pacheco de Oliveira e outros
Agravado: Polisdec – Instituto Mineiro de Políticas Sociais de Proteção e Defesa do ‘ Consumidor

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Telefônica Brasil S/A, “sucessora por incorporação de VIVO S.A.”, de decisão em que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Instituto Mineiro de Políticas Sociais de Proteção e Defesa do Consumidor (Polisdec) em face de Telefônica Brasil S/A — ora agravante —, Oi Internet Móvel, Tim Celular S/A e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), foi deferida liminar para determinar às requeridas que:

- a) em relação aos contratos celebrados pelos consumidores do Estado de Minas Gerais antes da vigência da Resolução 632/2014, se abstenham de interromper o serviço de acesso à internet móvel quando a franquia contratada for atingida, devendo apenas reduzir a velocidade, sem qualquer acréscimo aos preços contratados; e
- b) restrinjam a aplicabilidade do disposto no art. 52 da Resolução 632/2014 da Anatel apenas aos contratos posteriores à sua vigência e desde que os novos contratos contenham informação clara e expressa de que o serviço de internet será interrompido após atingida a franquia do pacote contratado,

dando-se ampla publicidade para conhecimento dos consumidores das novas regras e do consumo do pacote de dados contratado para evitar que sejam surpreendidos com a interrupção do serviço. Fixo o prazo de 20 (vinte dias), contados da intimação desta decisão, para cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária que arbitro no valor de R\$ 20.000,00, limitado a R\$ 600.000,00 por operadora, revertida para o Fundo Estadual de Proteção do Consumidor de Minas Gerais.
[...] (BRASIL, 2015c)

No caso em tela, o magistrado rejeitou o recurso das empresas de telefonia que se sentiram lesadas ao terem que reestabelecer a conexão à internet aos usuários que atingiram o limite da franquia.

Ele explica que, a aplicação do artigo 52 da Resolução 632/2014 da ANATEL só pode ser aplicada aos contratos posteriores à vigência da referida norma. Para os demais, que contrataram planos anteriores à data, e que constavam no contrato de adesão cláusula que informava que a internet seria fornecida após o término da franquia com velocidade reduzida, deverão ter seus direitos ao acesso mantidos.

A decisão parece bem acertada à luz do Código de Defesa do Consumidor, porém, conforme exposto anteriormente, ainda esbarra na questão do Marco Civil da Internet. Por ser lei específica que trata de internet, a Lei 12.965 deveria ser levada em consideração neste caso para manter o acesso até mesmo para contratos futuros, onde já estejam presentes nos contratos cláusulas que afirmam que serão suspensas as conexões após o término da franquia.

Percebe-se que os julgados divergem entre si na questão de qual lei a ser aplicada. Alguns magistrados entendem por aplicar a resolução da ANATEL, outros o Código de Defesa do Consumidor. Todas as sentenças têm suas peculiaridades e resta salientar que, mesmo com a vigência do Marco Civil da Internet pelo período de quase dois anos, sua regulamentação é extremamente recente, fato que talvez tenha influenciado para que raros magistrados tenham levado essa lei em consideração em seus julgados.

5 METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado para a elaboração do presente trabalho foi o dedutivo. Foram realizadas pesquisas teóricas, com emprego de material bibliográfico de cunho doutrinário, jurisprudencial e textos legais diversos de forma qualitativa.

6 CONCLUSÃO

O acesso à internet pode ser considerado um direito fundamental nos dias de hoje. Cada vez mais comum, está presente em praticamente todos os novos aparelhos eletrônicos. Seja somente para fins de entretenimento, ou profissional, é inegável a relevância dessa tecnologia na vida das pessoas.

Em uma época em que o acesso à rede é tão estimado e tão essencial, parece estranho que surjam normas que pugnam pela minimização do acesso ou que vão de encontro às propostas de inclusão digital tanto debatidas.

Porém, foi exatamente o que ocorreu em meados de 2014 quando a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL expediu a Resolução 632 que, em seu artigo 52, permite que empresas de telecomunicações realizem alterações unilaterais em seus contratos, desde que informem a seus clientes (por mensagem de texto) com 30 dias de antecedência.

Com a elaboração deste dispositivo a ANATEL abriu brecha para que as companhias de telecomunicações suprimissem de seus clientes benefícios contratuais que estavam resguardados pelas cláusulas por eles assinadas. Um dos “benefícios” que nada mais é que uma condição essencial do contrato, o de ter assegurado o acesso à internet, objeto central dos contratos, foi extinto.

Ocorre que, até o início de 2015, data em que a prática foi imposta, os clientes de internet móvel tinham acesso contínuo até que se esgotasse o mês, ou fim do prazo contratual pré-determinado. Quando atingissem a franquia de consumo estipulada, teriam a velocidade de acesso reduzida até o início do próximo ciclo. Com o advento deste regulamento da ANATEL, as fornecedoras do serviço encontraram uma excelente forma de arrecadar mais: suspender o acesso à internet após esgotado o limite da franquia de dados. Assim, se quiserem que o serviço seja reestabelecido (e quem não quer?) os clientes devem pagar uma taxa de franquia adicional.

A medida causou polêmica e inclusive houveram liminares deferidas para que as empresas não mais suspendessem o acesso à internet. A verdade é que até hoje há um impasse e a prática continua ocorrendo na maioria dos casos.

Mesmo com a existência da resolução 632 da ANATEL que permitiu essa mudança repentina nos contratos, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro outras normas hierarquicamente superiores que impedem esse tipo de atitude, a citar principalmente o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet.

A ANATEL é uma agência reguladora, fundada sob o regime de autarquia especial, razão pela qual são conferidos a ela poderes para produzir normas com caráter infralegal que visem a regulamentação de uma área, no caso dos serviços de telecomunicações.

Ainda, na lei que cria a Agência Nacional de Telecomunicações, é dito que a empresa deve servir *ao interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras*. Ora, uma medida que prejudica uma coletividade de usuários do serviço de internet móvel claramente não serve aos interesses públicos, tampouco para desenvolver as telecomunicações brasileiras.

Vejamos, o dispositivo que possibilitou essa alteração é proveniente de uma Agência Reguladora e não se trata de um assunto puramente técnico, logo a ANATEL legislou sobre algo que nem é de sua competência, o que só poderia ser feito por meio de processo legislativo comum.

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990, existe à proteção às cláusulas abusivas contidas no artigo 51. Sempre que houver uma norma que defina que as cláusulas contratuais podem ser modificadas unilateralmente, essas são taxadas abusivas e, portanto, nulas.

Além disso, em 2014 entrou em vigência o Marco Civil da Internet, Lei 12.965 que prevê diversas garantias aos usuários de internet. O artigo que merece destaque e que serve como base de convencimento acerca da impossibilidade da suspensão do acesso à rede após o limite da franquia é o 7º deste diploma legal. O

inciso IV garante ao usuário a não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização. Logo, independentemente de qualquer outra norma, ou dispositivo contratual, não existe a possibilidade de suspender o acesso desta forma.

Portanto, mesmo que a suspensão da internet ocorra somente nos novos contratos celebrados entre as operadoras e os consumidores, o que não geraria nulidade alguma quanto à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, o problema ainda ocorre, pois, o Marco Civil da Internet é categórico em vedar essa conduta.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. e atual. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto Nº 8.771, de 11 de Maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2016.

BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 fev. 2016.

BRASIL. Lei Nº. 10.406, **de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei Nº. 12.965, de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 abr. 2016.

BRASIL. **Relatório da Câmara.** Relatoria do projeto de Lei nº 2.126 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/MCI_2014_02_12_Relatorio.doc>. Acesso em 02 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Processo nº 2015.11.1.004460-3/DF.** Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 18/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo nº 0027422-57.2015.4.01.0000/MG.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 19/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Recurso nº 0007211-52.2015.8.19.0036.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/portal>>. Acesso em: 18/05/2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM; Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo Pontes De. **Marco Civil da Internet no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Editora Altas, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** 2ª Ed. Reformada. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marco Aurélio Florêncio. **Marco civil da internet lei 12.965/2014**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DRUMOND, I. Artigo. **Neutralidade de rede: finalidade, eficácia, efetividade e eficiência**. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 117-144, maio 2015.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILOMENO, José Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**. 10ª ed. rev., atual. e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Contratos: Teoria Geral**. Volume 4. Tomo I. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

IBOPE – Instituto Brasileiro de Pesquisas. **WhatsApp é o aplicativo mais usado pelos internautas brasileiros**. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/WhatsApp-e-o-aplicativo-mais-usado-pelos-internautas-brasileiros.aspx>>. Acesso em: 28/05/2016.

JESUS, Damásio De. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico**. São Paulo: Editora Fórum, 2005

NEVES, Fernando Franchone; VANCIM, Adriano Roberto. **Marco Civil da Internet: Anotações à Lei nº 12.965/2014**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Mundo Jurídico, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PORTAL BRASIL. **Agências Reguladoras**. 2009. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 22/05/2016.

TELECO. **4G: Tecnologias de Celular**. 2012. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/4g_tecnologia.asp>. Acesso em: 25/05/2016.

TELECO. **Grupos de Telecom no Brasil.** 2016. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/operadoras/grupos.asp>>. Acesso em: 25/05/2016.

TELECO. **Operadoras Banda Larga Fixa.** 2016. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/blarga.asp>>. Acesso em: 25/05/2016.

VARIETY. **Netflix Streaming Eats Up 35% of Downstream Internet Traffic: Study.** 2014. Disponível em: <<http://variety.com/2014/digital/news/netflix-streaming-eats-up-35-of-downstream-internet-bandwidth-usage-study-1201360914>>. Acesso em: 27/05/2016.